



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2012

Allemagne [Commentaire des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale allemande 2011]

Dagron, Stéphanie ; Volmerange, Xavier

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-65276>

Book Section

Accepted Version

Originally published at:

Dagron, Stéphanie; Volmerange, Xavier (2012). Allemagne [Commentaire des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale allemande 2011]. In: Philippe, X. Annuaire international de justice constitutionnelle 2011. Paris: Economica, 683-707.

ALLEMAGNE

Par Stéphanie DAGRON et Xavier VOLMERANGE *

I – Statistiques des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale – II – Organisation et activité des pouvoirs publics : Intégration européenne : A) Plan d'aide à la Grèce B) Mécanisme de stabilité en Europe C) Contrôle constitutionnel des lois de transposition D) Election des députés allemands au Parlement européen – III – Le contentieux des droits fondamentaux : A) Le droit de la personnalité : la loi sur le transsexualisme B) La politique pénale à l'égard des délinquants récidivistes dangereux : 1) le traitement médicamenteux forcé des détenus en établissement spécialisé 2) L'internement de sûreté C) Le système de protection des droits fondamentaux : 1) La recevabilité du recours constitutionnel formé par une entreprise étrangère 2) L'application des droits fondamentaux entre personnes privées

* * *

I STATISTIQUES DES DECISIONS DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE FEDERALE

Sur les 5.733 décisions rendues par la Cour constitutionnelle en 2011, 5613 concernent des recours constitutionnels individuels, ce qui représente près de 98 % des affaires. Ces chiffres sont en légère diminution par rapport à l'année 2010 au cours de laquelle la Cour avait rendu un total de 6054 décisions.

II. ORGANISATION ET ACTIVITE DES POUVOIRS PUBLICS

Les décisions rendues par la Cour constitutionnelle en 2011 ont particulièrement alimenté le dialogue entre le juge de Karlsruhe et celui de Luxembourg. Les quatre décisions sélectionnées concernent le plan d'aide à la Grèce (A), le renforcement du mécanisme de stabilité en Europe (B), le contrôle d'une loi de transposition à l'occasion d'un contrôle concret (C) et enfin l'élection des députés allemands au Parlement européen (D).

A.- Décision du 7 septembre 2011 sur le plan d'aide à la Grèce

Dans la décision du 7 septembre 2011¹, la Cour constitutionnelle fédérale devait examiner la conformité à la Loi fondamentale de deux lois budgétaires : celle du 7 mai 2010 relative à la prise en charge de garanties pour la préservation de la solvabilité de la République Hellénique (loi sur la stabilité financière dans l'Union économique et monétaire) et celle du 22 mai 2010 sur la prise en charge de garanties dans le cadre d'un mécanisme européen de stabilité.

Ces deux lois mettent en œuvre les mesures d'urgence décidées début mai 2010 dans le cadre de l'Eurogroupe et du Fonds Monétaire International afin de venir en aide à la Grèce, confrontée à la crise de la dette. Les négociations avaient conduit à l'adoption de deux accords mis en œuvre dans l'ordre interne par voie législative.

Même si la Cour considère que ces deux lois ne sont pas inconstitutionnelles, le juge de Karlsruhe vient rappeler une nouvelle fois quelles sont les limites de l'intégration européenne. Dans la lignée des décisions *Solange* (aussi longtemps que), cette décision

* Stéphanie Dagron, docteur en droit, est chercheur du Fonds national suisse de la recherche scientifique (programme *Ambizione*) à l'Institut d'éthique biomédicale de l'Université de Zurich ; Xavier Volmerange est Maître de conférences à l'Université de Rennes I.

¹ CCF, 2^e Chambre, décision du 7.09.2011, BvR 987/10, 2 BvR 1485/10, 2 BvR 1099/10.

pourrait ainsi être baptisée « *Ja aber* » (oui mais). Il faut tout d'abord examiner les raisons pour lesquelles la Cour déclare le recours constitutionnel recevable avant de présenter le contenu de cette décision.

Par la voie d'un recours individuel, les plaignants faisaient valoir que les lois contestées portaient atteinte à leur droit subjectif de participation à l'élection des députés au *Bundestag* garanti par l'article 38 alinéa 1 phrase 1 de la Loi fondamentale. Cet article dispose que les députés du *Bundestag* allemand sont élus au suffrage universel, direct, libre, égal et secret. La Cour estime que les requérants exposent suffisamment d'arguments probants pour démontrer qu'ils sont personnellement et directement lésés dans leurs droits fondamentaux.

Il faut en effet savoir que depuis la décision Maastricht du 12 octobre 1993², la Cour a opéré un revirement de jurisprudence qui manifeste une volonté de peser sur l'évolution du droit de l'Union européenne. La Cour considère ainsi que le droit de vote ne peut pas être réduit à un acte formel de légitimation de la puissance publique au niveau fédéral, mais qu'il inclut également une dimension matérielle par laquelle est garanti à l'électeur l'exercice effectif de la souveraineté du peuple. En d'autres termes, toute atteinte aux droits du *Bundestag* est susceptible de constituer une atteinte au droit de vote garanti par l'article 38. Comme le rappelle elle-même la Cour constitutionnelle, une telle conception du droit de vote a été fortement critiquée en doctrine notamment à l'occasion des décisions relatives aux traités de Maastricht et de Lisbonne. La Cour s'en tient pourtant à cette analyse en arguant que le droit du citoyen à la démocratie, qui repose foncièrement sur la dignité de la personne humaine, se trouverait invalidé si le parlement abandonnait des éléments essentiels de l'autodétermination politique et retirait ainsi durablement au peuple son pouvoir d'influence démocratique.

Il faudrait certes qu'il y ait des modifications structurelles dans l'architecture juridique de l'organisation de l'Etat. Cependant, une telle hypothèse pourrait déjà se produire en cas de délégation de pouvoir par le législateur fédéral en application d'accords de droit international, susceptibles, de par leur nature et leur ampleur, de porter massivement atteinte à l'autonomie budgétaire. Comme la Cour l'avait déjà souligné dans la décision relative au Traité de Lisbonne, le droit budgétaire constitue le joyau de la Couronne du Parlement. Il n'a donc pas le droit de s'en dessaisir. Les engagements internationaux contractés par la République fédérale afin de préserver la liquidité d'autres Etats membres de l'Union économique et monétaire étant susceptibles d'aboutir à une telle situation, le contrôle de la Cour est justifié. La Cour déclare en revanche irrecevables les autres griefs avancés par les requérants. Sur le fond, elle présente trois critères qui vont lui permettre de déterminer si les lois soumises à son contrôle sont ou non inconstitutionnelles.

Premièrement, le droit de vote est atteint si le *Bundestag* se dessaisit de sa responsabilité budgétaire parlementaire de telle sorte que ni lui, ni ses successeurs ne soient plus en mesure d'exercer leur pouvoir budgétaire en pleine responsabilité : le *Bundestag* doit donc conserver le contrôle sur ses choix budgétaires fondamentaux y compris dans un système de gouvernance intergouvernemental dans le cadre duquel doivent se prendre les décisions en matière de recettes et de dépenses.

Deuxièmement, le *Bundestag* n'a pas le droit de transférer son pouvoir budgétaire à d'autres acteurs en leur conférant des habilitations trop vagues. Il ne peut adhérer à des mécanismes affectant les finances et tels que susceptibles d'entraîner des charges pour le budget sans son accord préalable. Le *Bundestag* doit garder le contrôle du pouvoir budgétaire, ce qui ne serait pas le cas si la fixation de la nature et du montant des charges imposées au citoyen était en grande partie « supra-nationalisée ». La Loi fondamentale exige donc que le législateur budgétaire reste maître de ses propres décisions, c'est-à-dire que ses choix ne puissent être dictés par les organes des autres Etats membres de l'Union européenne. Ce principe fait partie des éléments intangibles de la Loi fondamentale qui sont inaccessibles au pouvoir de révision de la Constitution. Le législateur constituant est donc lui-même tenu par ce qu'il est convenu d'appeler la clause d'éternité de la Loi fondamentale, contenue à l'article 79 alinéa 3, qui constitue une limite absolument infranchissable. Selon le

² BVerfGE 89, 155.

raisonnement de la Cour, ce qui est interdit au pouvoir constituant l'est à plus forte raison au législateur ordinaire : celui-ci, notamment, ne peut remettre en cause le principe démocratique selon lequel tout pouvoir émane du peuple, qui l'exerce au moyen d'élections et de votations. Dans la mesure où le principal vecteur de la démocratie reste le *Bundestag* en Allemagne, la Cour veille tout particulièrement à ce que les pouvoirs du Parlement allemand ne puissent être remis en cause. Cette vigilance particulière de la Cour constitutionnelle quant à la préservation des droits du *Bundestag* avait déjà été mise en évidence dans la décision relative au traité de Maastricht. La Cour rappelle ici que la conception contractuelle de l'Union économique et monétaire en tant que communauté de stabilité constitue le fondement et l'objet de la loi d'approbation allemande. De la même façon, le caractère prévisible de l'Union économique et monétaire (UEM) est une condition de sa constitutionnalité. A la différence de Pinocchio, l'UEM ne doit pas échapper à ses créateurs, c'est-à-dire aux Etats qui composent cette Union : cela permet de garantir que l'Allemagne ne puisse être prise dans l'engrenage de l'automatisme d'une communauté de responsabilité solidaire aux effets imprévisibles car échappant à tout contrôle du fait de sa propre dynamique.

Enfin troisièmement, si la Cour constitutionnelle constate une violation du droit budgétaire par le législateur, elle ne peut sanctionner que des atteintes évidentes en ce qui concerne le volume financier. Elle laisse ainsi une certaine marge d'appréciation au législateur. La Cour rappelle en même temps que le législateur n'est pas complètement libre : il est lui-même tenu par l'insertion de la règle d'or dans la Loi fondamentale par la révision constitutionnelle intervenue en 2009. Les articles 109 et 115 de la Loi fondamentale posent le principe, assorti d'exceptions, qu'aucune recette ne peut provenir d'emprunts. Or la Cour constitutionnelle voit dans cette discipline budgétaire la capacité du législateur de façonner durablement la démocratie.

A l'aune de ces trois critères, la Cour considère que les deux lois contestées ne sont pas inconstitutionnelles. Elle précise que ces lois ne dépassent pas le plafond des charges acceptables tout en ayant la prudence de ne pas le chiffrer. Ces lois n'ont donc pas pour effet de vider de son sens l'autonomie budgétaire pendant une durée considérable et ne créent pas davantage un automatisme budgétaire qui aurait pour effet de déposséder le Bundestag de son pouvoir. En définissant ainsi les conditions dans lesquelles ces lois peuvent encore être considérées comme constitutionnelles, la Cour envoie un message aux autres membres de la zone euro, aux institutions de l'Union européenne et à la Banque centrale européenne qui doivent rester dans le cadre imposé par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

La Cour relève toutefois que la loi prévoyant simplement l'obligation pour le *Bund* de s'efforcer de recueillir l'accord de la commission des finances du *Bundestag* pour engager sa responsabilité n'est pas suffisante pour garantir le contrôle du Parlement. Le Gouvernement a au contraire l'obligation d'obtenir au préalable l'accord de la commission des finances du Bundestag. C'est à cette condition que la loi peut être interprétée de manière conforme à la Loi fondamentale et dans le respect du principe démocratique. En exigeant ainsi que le gouvernement obtienne préalablement l'accord de la commission du budget du *Bundestag* avant de s'engager à aider les autres pays et en précisant que cet engagement doit se faire au cas par cas pour toute mesure d'aide de grande importance et non d'une manière globale, la Cour constitutionnelle réaffirme avec force les droits du *Bundestag*.

L'article 38 de la Loi fondamentale ne garantit pas seulement à chaque électeur le droit d'influencer les décisions prises par le Bundestag : il bénéficie naturellement, dans la logique défendue par la Cour constitutionnelle, aux députés eux-mêmes, comme le montre l'ordonnance provisoire rendue par la Cour constitutionnelle le 27 octobre 2011³ et la décision au fond rendue le 28 février 2012⁴.

Xavier Volmerange

³ CCF, 2^e Chambre, ordonnance provisoire du 27.10.2011, 2 BvE 8/11.

⁴ CCF, 2^e Chambre, décision du 28.02.2012, 2 BvE 8/11.

B.- Ordonnance provisoire du 27 octobre 2011 et décision du 28 février 2012 à propos de la modification de la loi relative au mécanisme de stabilité dans la zone euro.

A peine adoptée au *Bundestag*, la loi relative au mécanisme de stabilité dans la zone euro fut modifiée en raison de l'aggravation de la crise financière. Les négociations conduisirent les Etats membres de l'Eurogroupe à relever le montant de la capacité de prêt du fonds de secours de 250 milliards d'euro à 440 milliards. Ce fonds de secours, l'EFSF (*European Financial Stability Facility*), doit notamment pouvoir prendre le relais des Etats qui parviennent plus à se financer seuls en leur prêtant de l'argent. Le fonds de secours peut en effet lui-même emprunter à des taux avantageux. Les compétences du fonds ont été élargies : alors que le fonds européen de stabilité financière avait pour mission première de prêter de l'argent aux Etats, il peut désormais acheter de la dette européenne non seulement sur le marché primaire (c'est-à-dire directement aux Etats) mais également directement sur le marché secondaire (c'est-à-dire sur le marché des titres de dettes déjà en circulation). Les modifications du fonds de secours lui donnent des instruments d'intervention supplémentaires et plus flexibles.

La loi de modification relative au mécanisme de stabilité a été présentée au *Bundestag* en septembre 2011 et est entrée en vigueur le 14 octobre après avoir été votée le 9 octobre. Elle a apporté des modifications aux conditions de participation du *Bundestag* qui ont été contestées par des députés du *Bundestag* par la voie d'un litige entre organes de l'Etat assorti d'une demande d'ordonnance provisoire. Cette procédure est prévue au paragraphe 32 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale : « En cas de litige, la Cour constitutionnelle fédérale peut provisoirement régler une situation par une ordonnance provisoire si cela s'impose en vue de la mise en garde contre de graves préjudices, de l'empêchement d'une contrainte imminente ou pour toute autre raison importante dans l'intérêt général ».

Si la loi modifiée précisait qu'en principe les décisions du représentant allemand au sein de l'EFSF devaient être approuvées par le *Bundestag*, elle prévoyait également qu'en cas d'urgence ou de confidentialité, les droits du *Bundestag* pouvaient être exercés non par la commission du budget du *Bundestag* mais par un organe spécial composé de 9 membres, élus le 26 octobre, par les 41 membres de la commission du budget. Les députés considéraient que ces dispositions législatives conduisaient à une délégation de la responsabilité budgétaire du *Bundestag* et portaient par conséquent atteinte à leur statut de député garanti à l'article 38 al. 1 phrase 2 de la Loi fondamentale.

Lorsqu'elle doit se prononcer sur une demande d'ordonnance provisoire, la Cour constitutionnelle fédérale, conformément à sa jurisprudence, réalise un bilan coûts/avantages. Cet examen est encore renforcé ici en raison des conséquences internationales de la décision de la Cour.

La Cour examine d'une part les conséquences de l'absence d'une ordonnance provisoire, alors même que la demande principale aboutirait et d'autre part les inconvénients qui pourraient résulter d'une décision provisoire en cas d'échec de la procédure principale. Elle doit donc évaluer les deux hypothèses et choisir celle qui présente le moins d'inconvénients.

La Cour estime que la procédure de litige entre organes de l'Etat n'est ni irrecevable ni manifestement non fondée. Elle souligne que sans ordonnance provisoire et en cas d'inconstitutionnalité constatée lors de la procédure principale, les droits des requérants pourraient être violés de manière irréversible.

En effet l'organe restreint de 9 membres pourrait prendre des décisions portant atteinte au principe selon lequel le *Bundestag* dispose d'une responsabilité générale en matière budgétaire. Cet organe pourrait par exemple donner son approbation à une décision urgente du fonds européen formulée par un membre de l'Eurogroupe. Dans la mesure où cette décision lierait l'Allemagne au regard de ses engagements internationaux, une décision ultérieure sur le fond ne pourrait aucunement faire cesser cette atteinte. La Cour constate qu'il y aurait au contraire moins d'inconvénients à prononcer une ordonnance provisoire dans l'hypothèse où la décision au fond constaterait ultérieurement l'absence d'une violation des

droits du *Bundestag*. En effet, le gouvernement fédéral ne serait pas dans l'incapacité d'agir dans la mesure où il pourrait toujours solliciter l'approbation du *Bundestag* comme c'était déjà le cas avant la modification législative.

La décision au fond de la Cour constitutionnelle fédérale a été finalement rendue le 28 février 2012. La Cour a estimé que l'organe restreint des 9 membres du *Bundestag* est effectivement inconstitutionnel dans la mesure où il viole les droits garantis à l'article 38 al. 1 phrase 2 aux membres du *Bundestag*. Selon la Cour, l'organe restreint n'est habilité à agir que dans la mesure où il donnerait son accord au fonds de secours pour acheter des dettes des Etats sur le marché secondaire en raison de la confidentialité nécessaire qui doit entourer l'opération. Pour le reste, un tel organe restreint doit obligatoirement refléter la composition de l'ensemble du *Bundestag*. La Cour justifie sa position en soulignant que les députés qui ne sont pas représentés au sein de l'organe restreint perdraient leur droit de participer au travail du *Bundestag* en matière budgétaire et seraient donc traités de manière inégalitaire. Même si une telle situation peut être justifiée dans certains cas, ce n'est qu'à la condition que le statut de parlementaire ne soit pas atteint d'une manière disproportionnée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Xavier Volmerange

C.- Décision du 4 octobre 2011 sur la loi relative aux primes fiscales à l'investissement

La décision du 4 octobre 2010⁵ de la Cour constitutionnelle s'inscrit dans la logique d'une décision adoptée le 19 juillet 2011⁶ dans laquelle la Cour précisait, dans le cadre d'un recours constitutionnel individuel, quel était le pouvoir d'interprétation des tribunaux allemands du droit de l'Union européenne. A la différence de la décision du mois de juillet, il s'agit ici d'une décision qui intervient dans le cadre d'un contrôle concret des normes.

La Cour constitutionnelle était saisie sur le fondement de l'article 100 al. 1 de la Loi fondamentale : « Si un tribunal estime qu'une loi dont la validité conditionne sa validité est inconstitutionnelle, il doit surseoir à statuer et soumettre la question à la décision de la Cour constitutionnelle s'il s'agit de la violation de la présente Loi fondamentale ». Pour que le juge constitutionnel soit valablement saisi, le juge ordinaire doit indiquer si le législateur disposait d'une certaine marge de manœuvre pour transposer le droit de l'Union européenne.

En l'espèce, le législateur allemand avait prévu des primes fiscales pour les investissements réalisés à Berlin et dans les nouveaux Länder. La commission européenne décida en mai 1998 que ces dispositions étaient incompatibles avec le marché commun en raison des mesures touchant le secteur de la transformation et de la commercialisation des produits agricoles. Les investissements destinés aux exploitations agricoles, y compris les moulins, ne pouvaient plus, dès lors, bénéficier de subventions. La Commission européenne avait notifié à l'Allemagne dans une décision du 2 juillet 1998 qu'elle avait un délai de deux mois pour apporter les modifications nécessaires au régime d'aides d'Etat. Le gouvernement allemand n'annonça que le 28 septembre 1998 qu'il modifierait la loi sur les primes fiscales à l'investissement.

La loi fut effectivement modifiée le 24 décembre 1998, mais à l'expiration du délai de deux mois (c'est-à-dire le 2 septembre), certaines marchandises acquises ou produites ne satisfaisaient déjà plus aux critères européens applicables aux aides à la transformation et à la commercialisation de produits agricoles.

L'administration fiscale avait refusé d'accorder une prime fiscale à une société exploitant un moulin dans l'un des nouveaux Länder au motif que les investissements n'avaient pas été réalisés avant la date du 2 septembre 1998, date limite fixée par la Commission européenne. La société soutenait d'une part qu'il y avait là une violation du principe constitutionnel de non-rétroactivité et d'autre part que les décisions prises en

⁵ CCF, 1^{ère} Chambre, décision du 4.10.2011, 1 BvL 3/08.

⁶ CCF, 1^{ère} Chambre, décision du 19.07.2011, 1 BvR 1916/09.

matière d'investissement étaient antérieures à la date au 3 septembre, c'est-à-dire antérieures à l'annonce de la nouvelle disposition par le Gouvernement.

Saisie de l'affaire, la Cour fédérale des finances s'adressa donc à la Cour constitutionnelle par la voie d'un contrôle concret et lui posa la question de savoir si la loi modifiée était compatible avec le principe fondamental de non-rétroactivité puisqu'elle porte sur des investissements pour lesquels un engagement ferme a été pris avant le 28 septembre 1998, date à laquelle le gouvernement avait annoncé qu'il modifierait la loi relative aux primes fiscales à l'investissement. La Cour fédérale des finances considérait que, s'agissant d'une disposition de droit interne, elle ne pouvait pas s'adresser à la Cour de Justice de l'Union européenne.

La Cour constitutionnelle déclare le renvoi irrecevable parce que la Cour fédérale des finances n'a pas suffisamment précisé si les dispositions de la loi qu'elle estimait inconstitutionnelles reposaient sur une exigence du droit de l'Union européenne s'imposant au législateur allemand ou si au contraire celui-ci disposait d'une marge de manœuvre pour transposer la norme communautaire.

Elle reprend le raisonnement de la décision *Solange II*⁷ : aussi longtemps et pour autant que l'Union européenne assure de manière générale une protection effective des droits fondamentaux contre le pouvoir souverain de l'Union européenne qui doit être substantiellement considérée comme équivalente à la protection des droits fondamentaux prévus par la Loi fondamentale, la Cour constitutionnelle n'exerce plus sa compétence pour décider de l'applicabilité du droit de l'Union européenne, considéré comme fondement juridique de l'ensemble des mesures prises par les juridictions ou les autorités allemandes. La Cour précise qu'il ne doit bien sûr pas s'agir d'actes *ultra-vires*, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence.

En application de l'article 23 de la Loi fondamentale qui prévoit le concours de l'Allemagne à l'Union européenne, la Cour précise que ce principe ne s'applique pas seulement aux règlements et aux directives mais également aux décisions de la Commission.

Par ailleurs la Cour précise qu'une disposition prise dans l'ordre interne ayant pour objet de transposer une mesure de l'Union européenne sans laisser de marge de manœuvre au législateur ne peut plus être soumise à son contrôle.

Pour renvoyer une loi devant la Cour constitutionnelle à l'occasion d'un contrôle concret des normes, le juge allemand doit donc tout d'abord identifier la marge de manœuvre laissée au législateur pour transposer le droit de l'Union européenne, au besoin en posant lui-même une question préjudicielle à la CJUE. L'obligation de renvoi préjudiciel devant le juge de Luxembourg vaut également pour les juridictions de première instance, contrairement à l'article 267 al. 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui ne vise que les juridictions dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours.

Xavier Volmerange

D.- Décision du 9 novembre 2011, inconstitutionnalité du seuil minimal de 5% pour être représenté au parlement européen.

La loi relative à l'élection des députés européens prévoit le contrôle des opérations électorales : ses dispositions sont calquées sur celles prévues pour l'élection des députés au *Bundestag*. Comme le prévoit l'article 41 de la Loi fondamentale, les contestations peuvent être formées devant le *Bundestag* mais il est aussi possible de contester la décision du *Bundestag* devant la Cour constitutionnelle fédérale.

Selon l'article 223 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le Parlement européen élabore un projet en vue d'établir les dispositions nécessaires pour permettre l'élection de ses membres au suffrage universel direct selon une procédure uniforme dans tous les États membres ou conformément à des principes communs à tous les États membres.

⁷ BVerfGE 73, 339 (387).

Faute d'adoption d'une norme européenne commune, l'élection des membres du Parlement européen est régie par les différentes législations des Etats membres. En Allemagne, la loi prévoit que les élections des députés européens doivent intervenir au scrutin universel direct, libre, égal et secret. Les députés européens allemands sont élus au scrutin de liste selon un système de liste bloquée puisque les sièges sont attribués selon l'ordre d'apparition des candidats sur la liste, y compris en cas de regroupement de listes. L'électeur peut donc uniquement voter en faveur d'une liste sans pouvoir influencer l'ordre des candidats lors de l'attribution des sièges. La loi fixe par ailleurs un seuil minimal de 5% des suffrages exprimés sur l'ensemble du territoire de l'Allemagne qui doit être atteint pour pouvoir être représenté au Parlement européen.

Les requérants contestaient cette clause restrictive de 5 % pour être représenté au Parlement européen et le principe des listes bloquées. Ils demandaient également l'annulation des dernières élections européennes en Allemagne.

Le *Bundestag* rejeta les demandes dans une décision du 8 juillet en se fondant essentiellement sur deux décisions de la Cour constitutionnelle de 1979 et 2008. Dans la première décision rendue le 22 mai 1979 à l'occasion des premières élections du Parlement européen au suffrage universel direct⁸, la Cour constitutionnelle fédérale avait considéré que le seuil de 5 % était justifié. Cette règle tendait à éviter un morcellement excessif des partis politiques qui empêcherait le Parlement européen d'agir efficacement et de remplir sa mission. Le *Bundestag* soulignait d'ailleurs que les dangers qui avaient été mis en évidence par le juge de Karlsruhe en 1979 étaient désormais encore plus importants en raison de l'augmentation du nombre de partis politiques au Parlement européen et du renforcement de ses pouvoirs. Dans la seconde décision du 13 février 2008⁹, la Cour constitutionnelle avait déclaré l'inconstitutionnalité d'un seuil minimal pour les élections communales. Le *Bundestag* estimait que cette décision n'était pas transposable au Parlement européen. La Cour avait en effet fondé son raisonnement sur la différence de nature entre un organe législatif (comme le *Bundestag* ou un *Landtag*) et un organe administratif (comme un conseil communal). Alors que dans le premier cas la logique parlementaire exige de pouvoir dégager des majorités au sein de l'assemblée et d'éviter la multiplication des petits partis, il en va différemment dans le second pour un organe administratif qui peut fonctionner même en l'absence de majorité claire. Les requérants formèrent alors un recours constitutionnel dans le cadre d'un contrôle des élections devant la Cour constitutionnelle contre cette décision du *Bundestag*.

Le recours constitutionnel dans le cadre d'un contrôle électoral est déclaré recevable par le juge de Karlsruhe. Il souligne que dans le cadre de cette compétence, il n'est pas seulement tenu de veiller au bon déroulement des opérations électorales mais qu'il peut également contrôler la constitutionnalité de la loi relative à l'élection des députés européens. Cette dernière constitue bien une disposition législative fédérale et peut donc à ce titre être soumise à son contrôle. L'examen de constitutionnalité du seuil des 5 % ne se heurte pas à une disposition impérative de droit européen puisque les Etats membres disposent d'une marge d'appréciation en la matière. Les dispositions européennes prévoient certes la possibilité d'instaurer un seuil minimal pour être représenté au Parlement européen qui ne peut pas dépasser 5 %, mais cela ne préjuge pas du caractère constitutionnel de la loi.

La Cour souligne que de la même façon que le droit fédéral allemand, la loi doit être appréciée en tenant compte des principes de l'égalité de suffrage et de l'égalité des chances des partis politiques. Dans le cadre d'un scrutin proportionnel, le principe d'égalité des suffrages impose que le vote de chaque électeur ait la même influence sur la composition de l'instance représentative. Le principe de l'égalité des chances des partis politiques doit s'appliquer tout au long du processus électoral, y compris lors de l'attribution des sièges.

Or les voix des électeurs qui ont voté pour des partis qui représentent moins de 5 % des voix ne sont pas prises en compte, ce qui constitue aux yeux de la Cour une atteinte aux principes de l'égalité des voix et de l'égalité des partis politiques.

⁸ BVerfGE 51, 222.

⁹ BVerfGE 120, 82. Voir Chronique AIJC 2008, p. 482.

Seule une raison spéciale, légitimée et impérieuse peut justifier une telle distorsion entre l'égalité des voix et l'égalité des chances des partis politiques. Or l'argument du législateur selon lequel la suppression de cette clause porterait atteinte au bon fonctionnement du Parlement européen n'est guère pertinent selon la Cour. Il ne tient notamment pas compte de la façon de travailler du Parlement européen. L'abrogation de cette clause se traduirait probablement par l'augmentation du nombre des représentants d'un ou deux partis politiques, ce qui n'entraverait pas le fonctionnement du Parlement européen dont les groupes politiques disposent d'un grand pouvoir intégrateur. Au fil des ans, ceux-ci ont en effet été en mesure d'intégrer de nombreux nouveaux partis politiques (actuellement 162), issus de courants différents, au fur et à mesure de l'élargissement de l'Union européenne. Des petits partis qui ne sont pas encore représentés sont donc susceptibles de trouver leur place au sein des groupes. Ces groupes ont d'ailleurs démontré dans la pratique leur capacité à prendre, dans un délai raisonnable, des décisions à la majorité dans le cadre d'accords au sein des deux groupes les plus importants. Par conséquent rien ne permet d'affirmer que l'abrogation du seuil minimal de 5 % conduirait à une incapacité de dégager des majorités dans le cadre d'un processus parlementaire correctement mené.

Selon la Cour, rien ne permet de justifier la nécessité de porter atteinte aux principes de l'égalité des suffrages et de l'égalité des chances en matières électorales. Le Parlement européen n'élit pas un gouvernement d'union qui aurait besoin de son soutien en permanence. Le pouvoir législatif de l'Union européenne ne dépend pas non plus d'une majorité durable constituée d'une coalition stable confrontée à une opposition. Enfin le droit primaire prévoit lui-même que la législation de l'Union européenne est conçue de manière à ne pas dépendre de majorités existantes spécifiques au sein du Parlement européen. La Cour conclut donc à l'inconstitutionnalité de la disposition relative aux 5 %.

En ce qui concerne le principe des listes bloquées, la Cour constitutionnelle constate que le droit de l'Union européenne autorise l'organisation des élections sur des listes bloquées ou ouvertes et rappelle sa jurisprudence quant à la conformité à la Loi fondamentale des élections organisées sur des listes rigides.

Enfin s'agissant de la demande d'annulation des dernières élections européennes, la Cour estime que l'importance de conserver la représentation du peuple repose sur la confiance de la constitutionnalité de la loi et doit l'emporter sur la nécessité de remédier de manière rétroactive à cette erreur électorale : l'organisation de nouvelles élections en Allemagne pourrait perturber et avoir des conséquences imprévisibles sur le travail du Parlement européen. Cette erreur ne peut pas par ailleurs être considérée comme intolérable dans la mesure où elle ne concerne qu'une petite partie des députés allemands et qu'elle ne remet pas en cause la légitimité de l'ensemble de ceux-ci au sein du Parlement européen.

Ce que l'on peut particulièrement remarquer dans cette décision, c'est que ce qui pouvait être constitutionnel en 1979 ne l'est plus en 2011. Cela signifie que le parlement doit actualiser sa législation pour tenir compte des évolutions et des réalités actuelles.

Cette décision a été rendue avec deux opinions dissidentes (les juges Di Fabio et Mellinshoff) qui ne partagent ni la décision rendue ni son argumentation : ils considèrent que la clause restrictive des 5 % est justifiée pour éviter une fragmentation excessive des partis politiques au sein de la députation allemande au Parlement européen.

Xavier Volmerange

III. LE CONTENTIEUX DES DROITS FONDAMENTAUX

Au cours de l'année 2011, la Cour constitutionnelle fédérale s'est prononcée à de nombreuses reprises dans le cadre de la protection des droits fondamentaux individuels. Les décisions présentées ici ont été sélectionnées en raison de l'importance des solutions adoptées au regard de questions actuelles de société comme celle du transsexualisme, ou de la politique pénale à l'égard des délinquants récidivistes considérés comme dangereux et des détenus atteints de troubles psychiatriques. La Cour a aussi eu à régler certaines

questions qui se posent de manière identique dans les autres Etats européens. Il s'agit d'une part de la question de l'application du système de protection des droits fondamentaux tel que prévu par la LF à des entreprises ayant leur siège en dehors de l'Allemagne. Il s'agit d'autre part de la question du respect des droits fondamentaux par les entreprises privées chargées de la réalisation d'activités étatiques.

A.- Droit de la personnalité

La protection des droits fondamentaux des transsexuels : à propos de la décision de la CCF du 28 janvier 2011.

En 2009, le Comité chargé du contrôle de l'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes avait reproché au gouvernement allemand de ne pas favoriser le dialogue avec les groupes et associations défendant les intérêts des personnes intersexuées ou transsexuelles¹⁰. Cette absence de communication est confirmée indirectement par la décision de la Cour constitutionnelle du 11 janvier 2011¹¹. En effet, alors que la Cour avait contraint le législateur en 2008 à revenir sur le paragraphe 8 de la loi sur le transsexualisme (TSG) qui précise les conditions du changement de la mention du sexe dans les registres de l'état civil¹², c'est à nouveau cette disposition qui était au centre de la décision rendue en 2011. En l'espèce, la requérante avait demandé à la CCF de reconnaître certaines dispositions de la loi sur le transsexualisme comme contraires à ses droits à l'épanouissement de la personnalité (art. 2 al. 1 LF en liaison avec l'art. 1 al. 1 LF) et à l'intégrité physique (art. 2 al. 2 LF).

La loi sur le transsexualisme en date du 10 septembre 1980 définit les conditions dans lesquelles une personne peut obtenir le changement de son prénom et la reconnaissance juridique de son appartenance à l'autre sexe. Le § 1 al. 1 TSG prévoit qu'un changement de prénom peut être réalisé lorsque la personne concernée, conformément à son sentiment d'appartenance à l'autre sexe, s'est comportée pendant au moins trois années comme si elle était réellement de l'autre sexe et lorsqu'il existe une grande certitude quant au caractère irréversible de ce sentiment. Le § 8 al. 1 TSG précise les conditions dans lesquelles un changement de sexe peut être autorisé par un tribunal. Le demandeur doit remplir les conditions énoncées au § 1 al. 1 TSG, mais aussi, il ne doit pas être en mesure de concevoir des enfants (§ 8 al. 1 condition numéro 3 TSG) et doit avoir subi une intervention chirurgicale modifiant ses caractéristiques sexuelles et par conséquent son apparence physique (§ 8 al. 1 condition numéro 4 TSG).

La requérante, née en 1948 et déclarée comme étant de sexe masculin dans les registres de l'état civil, avait déjà obtenu le changement de son prénom en application du § 1 al. 1 TSG. Cependant, n'ayant fait pratiquer aucune opération chirurgicale, elle ne remplissait pas les conditions du § 8 al. 1 Nr. 3 et 4 TSG et ne pouvait demander un changement juridique de son genre. Cette impossibilité lui interdisait de conclure un contrat de partenariat avec sa concubine car le contrat de partenariat n'est autorisé qu'entre personnes de même sexe. En mai 2010, la requérante s'était donc mariée avec cette dernière, refusant de se faire opérer pour obtenir un changement officiel de genre (en raison des conséquences pour sa santé trop importantes) et considérant qu'elle ne pouvait attendre plus longtemps pour bénéficier du cadre juridique protecteur accordé aux individus liés par les liens du mariage ou en partenariat.

¹⁰ Voir l'avis de janvier 2012 en ce sens du Comité allemand d'éthique, *Intersexualität* (<http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/stellungnahme-intersexualitaet.pdf>).

¹¹ CCF, 1ère Chambre, décision du 11.01.2011, 1BvR 3295/07.

¹² Il s'agissait dans cette décision plus précisément de la condition Numéro 2 du § 8 al. 1 TSG selon laquelle la reconnaissance juridique du changement de sexe ne pouvait être accordée qu'à une personne non mariée ou bien divorcée. Voir notre commentaire de la décision du 27.05.2008, cette revue XXIV (2008), p. 494s.

La Cour constitutionnelle, après avoir considéré que la requête était toujours recevable malgré le mariage de la requérante, l'atteinte aux droits fondamentaux n'ayant pas cessé, s'est prononcée sur la constitutionnalité des dispositions contestées. Conformément à sa jurisprudence, la Cour a rappelé que l'art. 2 al. 1 en liaison avec l'art. 1 al. 1 LF garantit le droit de chacun à l'épanouissement de sa personnalité et par conséquent assure la protection de la sphère d'intimité sexuelle et du libre choix de l'orientation sexuelle. Dans le cas d'individus transsexuels, cette garantie entraîne l'obligation pour le législateur de définir un cadre juridique autorisant les individus à vivre en accord avec l'identité sexuelle à laquelle ils se sentent rattachés et dans le respect de leur intimité. Or la loi sur le transsexualisme ne répond pas à ces exigences. Deux arguments principaux ont été retenus par la Cour.

Le premier concerne directement la nature du choix laissé à une personne transsexuelle et homosexuelle dans l'hypothèse où elle souhaiterait bénéficier de la protection juridique liée au statut de personne mariée ou en partenariat. Cette personne peut soit, se marier et par conséquent accepter de jouer un rôle féminin ou masculin qui ne correspond pas au sexe auquel elle considère appartenir, soit, conclure un partenariat, solution cependant conditionnée par la réalisation d'une opération chirurgicale entraînant une incapacité de concevoir et une modification des caractéristiques sexuelles. Ce choix constitue selon la Cour une violation du droit à l'autodétermination sexuelle : les personnes qui refusent une intervention chirurgicale ne disposent que de la possibilité de se marier. Or le mariage n'étant possible que pour les couples hétérosexuels, cette situation a pour conséquence d'attirer l'attention sur un couple – et sur leur vie intime – dont les deux membres sembleraient en apparence appartenir au même sexe.

La Cour n'a pas contesté le fait qu'il soit nécessaire pour le législateur de réserver la possibilité de modification des indications contenues dans les registres de l'état civil aux personnes qui rempliraient certaines conditions. Ainsi, l'exigence du caractère durable et irréversible du rattachement à l'autre sexe est tout à fait acceptable. Cependant, et c'est là le second argument de la Cour, la démonstration du caractère irréversible de ce changement ne peut dépendre de la réalisation d'une opération chirurgicale comme l'exige le § 8 al. 1 Nr. 3 et 4 TSG ; selon la Cour en effet, une telle opération est contraire à la garantie de l'intégrité physique au sens de l'art. 2 al. 2 LF car, non seulement il a été démontré que l'appartenance « irréversible » à un sexe dépendait aussi bien d'éléments physiques que d'éléments comportementaux indépendants des caractéristiques sexuelles de l'individu, mais encore, l'opération exigée peut entraîner des risques pour la santé.

En outre, toujours selon la Cour, l'exigence d'infertilité n'est pas justifiée ; s'il peut paraître légitime que le législateur ait cherché à éviter les situations dans lesquelles un enfant pourrait être conçu par un homme ou une femme appartenant juridiquement à l'autre sexe – et au-delà du fait que de telles situations devraient être extrêmement rares dans la pratique – la protection de l'intégrité physique, et par conséquent de la capacité des individus à concevoir, doit bénéficier d'une protection renforcée. La Cour conclut à l'abrogation des décisions judiciaires contestées pour inconstitutionnalité et déclare le § 8 al. 1 (conditions 3 et 4) TSG inapplicable. Le législateur est à nouveau sollicité pour définir des conditions acceptables au regard de l'interprétation donnée à l'art. 2 al. 1 et 2 LF en liaison avec l'art. 1 al. 1 LF, pour permettre à l'avenir de demander la modification de son genre dans les registres de l'état civil.

Stéphanie Dagron

B.- Le contentieux des droits fondamentaux en matière pénale

En Allemagne, comme dans tous les pays ayant ratifié la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, les conditions de détention sont régulièrement contrôlées par le Comité européen pour la prévention de la torture. Le rapport du Comité sur la visite en Allemagne effectuée fin 2010 et récemment publié ne relève pas de difficultés concernant les conditions de détention en

général¹³. Il s'attarde cependant plus particulièrement sur les conditions difficiles de détention des détenus étrangers en prison et des mineurs. Des difficultés sont aussi relevées concernant l'existence et la qualité des soins psychologiques et activités thérapeutiques destinés aux personnes se trouvant en rétention de sûreté, le recours à la contention physique dans des contextes non médicaux et la castration chirurgicale des délinquants sexuels¹⁴. Alors que le système de rétention de sûreté est analysé dans le détail, le Comité se référant principalement au dialogue engagé entre la Cour européenne des droits de l'Homme et la Cour constitutionnelle fédérale (2), la question de l'application de soins médicaux en l'absence de consentement de patients en situation de détention est ignorée. La CCF a pourtant eu l'occasion de se prononcer à deux reprises en 2011 sur ce point, ses décisions attestant de l'importance du sujet au regard des droits fondamentaux (1).

1) *Traitement médical sans consentement en établissement psychiatrique de personnes ayant fait l'objet d'une procédure pénale*

Dans l'affaire en date du 23 mars 2011¹⁵, le juge constitutionnel s'est prononcé sur un recours constitutionnel dirigé contre la décision adoptée en 2006 d'appliquer un traitement médicamenteux à un détenu (en l'espèce le requérant) sans son consentement. Le requérant se trouvait placé depuis 1999 dans un établissement psychiatrique spécialisé en application d'un jugement prononcé par le tribunal régional du Palatinat. En Allemagne, les délinquants considérés comme non responsables pénalement de leurs actes, notamment en raison de troubles psychiques¹⁶, et dont le comportement représente un danger pour la collectivité, sont placés dans ce type d'établissement. Le requérant, qui avait refusé de poursuivre le traitement neuroleptique qui lui avait été administré de décembre 1999 à fin février 2000, refusait à nouveau de suivre un traitement médicamenteux. La clinique décidait par conséquent en 2006 de lui administrer un traitement neuroleptique sans son consentement, traitement considéré comme étant le seul à même d'apporter une amélioration à son état psychotique. Cette décision était fondée sur le § 6 al.1 de la loi du Land de Rhénanie-Palatinat qui définit le régime d'exécution des mesures de détention en établissement psychiatrique spécialisé¹⁷. Cette disposition précise que les actes médicaux (diagnostique, chirurgie, thérapie, soin) entraînant un risque pour la santé ou la vie du patient doivent en principe être pratiqués avec le consentement de celui-ci sauf en cas d'urgence, lorsque la vie et la santé du patient ou de personnes tierces sont menacées, ou bien encore lorsque le but visé est d'atteindre l'objectif poursuivi par la détention en établissement spécialisé.

Assez classiquement, la Cour constitutionnelle fédérale précise dans un premier temps les limites imposées par la Loi fondamentale, et plus particulièrement par l'art. 2 al. 2 LF (« chacun a droit à la vie et à l'intégrité physique »), à ce type de décision. La Cour admet la constitutionnalité des mesures médicales contraignantes (a) tout en précisant les indispensables conditions matérielles, informationnelles et procédurales (b).

a) *Mesures médicales forcées et garantie de la vie et de l'intégrité physique : le principe et l'exception.* Invoquant sa jurisprudence antérieure relative à l'art. 2 al. 2 première phrase LF, la Cour rappelle que le respect de l'autonomie individuelle interdit en principe aux autorités étatiques de faire procéder à des actes médicaux forcés. L'existence d'un but thérapeutique particulier ou l'absence de résistance physique de la part du patient à des mesures médicales ne sont pas des éléments pouvant justifier une mesure contraignante. Le patient doit avoir formulé librement son consentement sur la base des informations médicales reçues, ce qui implique qu'il doit être capable de discernement et qu'il n'ait pas

¹³ Voir communiqué de presse du 22.02.2012 du Comité européen pour la prévention de la torture ou bien encore le rapport sur l'Allemagne (<http://www.cpt.coe.int/documents/deu/2012-06-inf-eng.pdf>).

¹⁴ Voir le rapport dans son ensemble, *ibid.*

¹⁵ CCF, 2ème Chambre, décision du 23.03.2011, 2 BvR 882/09.

¹⁶ Voir les §§ 63 et 64 StGB.

¹⁷ *Landgesetz über den Vollzug freiheitentziehender Maßregel* (MvollzG).

subi de pressions. Ainsi, l'administration de substances neuroleptiques à un détenu sans son consentement est considérée par la Cour comme correspondant à une mesure d'une particulière gravité comparable à des coups et blessures au sens de la loi pénale et comme entraînant, par conséquent, une atteinte à la garantie de l'art. 2 al. 2 LF. La gravité de l'atteinte est liée premièrement au fait que la mesure est destinée à un individu placé en détention (critère objectif) et dont l'état psychique est fragile, ce qui entraîne une sensibilité à la contrainte encore plus importante (critère subjectif de la gravité). Deuxièmement, la gravité de l'atteinte est engendrée non seulement par le fait que les substances médicamenteuses utilisées peuvent entraîner des effets secondaires de nature irréversible voire dangereuse, mais encore par la nature même des médicaments neuroleptiques qui interviennent au sein des « processus mentaux » (*seelische Abläufe*) considérés comme constituant le noyau de la personnalité individuelle.

Pour autant, la Cour n'en déduit pas une interdiction absolue pour le législateur d'autoriser dans certains cas des actes médicaux en l'absence de consentement du patient. De telles mesures peuvent être autorisées même lorsque leur but est celui d'atteindre l'objectif poursuivi par la détention en établissement spécialisé. Le but de l'internement est celui du retour à la liberté du détenu et c'est précisément au nom du droit à la liberté, garanti par l'art. 2 al. 2 deuxième phrase LF (« La liberté de la personne est inviolable »), qu'un acte médical contraignant va pouvoir être réalisé. La Cour considère ainsi que le droit à la liberté du patient justifie une atteinte à son droit à l'intégrité physique lorsque, en raison de sa maladie, ce dernier ne peut apprécier la gravité de son état et la nécessité d'un traitement médical. Il s'agit en d'autres termes de l'hypothèse dans laquelle le patient est dans l'incapacité de protéger lui-même ses intérêts et sa liberté, l'incapacité de discernement étant ici la condition principale de l'action de l'Etat. Le juge constitutionnel s'appuie dans son interprétation sur le texte de la Convention des Nations Unies relative aux droits des handicapés. Cette Convention, dont le but est notamment le renforcement et la protection de l'autonomie des personnes handicapées (art. 12 al. 2, Convention), n'exclut pas expressément la possibilité des traitements médicaux sans consentement dans l'hypothèse d'une absence de discernement du patient liée à la maladie ou au handicap à condition de respecter le principe de proportionnalité (art. 12 al. 4, Convention).

b) *Des conditions matérielles, informationnelles et procédurales strictes pour l'administration de mesures médicales contraignantes.* Au-delà de la condition essentielle de l'absence de discernement du patient engendrée par sa maladie, d'autres conditions matérielles, informationnelles et procédurales découlant du principe de proportionnalité doivent être respectées. La Cour constitutionnelle est ici extrêmement précise. Les conditions matérielles sont en lien avec la nature même des mesures médicales décidées. Ces mesures doivent être appropriées au cas précis et elles doivent être nécessaires. En d'autres termes, elles doivent être décidées au regard des résultats thérapeutiques espérés et doivent être suspendues ou arrêtées lorsqu'aucune amélioration de l'état du patient ne se manifeste. En outre, un traitement contraignant ne doit être décidé qu'en dernier recours, lorsqu'il est établi que des traitements moins contraignants n'ont aucune chance de succès. Enfin, le caractère nécessaire du traitement doit être démontré. Ici, la Cour exige que les bénéfices attendus d'un traitement soient clairement supérieurs aux dommages qui pourraient éventuellement survenir en conséquence d'une absence de traitement.

Des conditions informationnelles découlent aussi du principe de proportionnalité. La Cour considère ainsi que le patient, même dénué de discernement, doit être soigneusement informé par le médecin de la nature du traitement et de ses conséquences. Le but est la participation du patient dans la mesure du possible à l'application de son traitement et le médecin responsable est censé prendre le temps nécessaire à établir cet échange.

Les conditions procédurales sont tirées, selon la Cour, de l'art. 2 al. 2 LF en liaison avec l'art. 19. Al. 4 LF (droit à un recours juridictionnel). Le respect de ces conditions est d'autant plus important que les mesures médicales sans consentement touchent des individus privés de leur liberté. La Cour considère ainsi que si un traitement thérapeutique est décidé contrairement à la volonté du patient, celui-ci doit avoir la possibilité de contester la légalité de cette décision devant une juridiction. De cette règle découlent plusieurs

conséquences. La première est que le patient doit être informé de la décision contraignante le concernant dans un délai suffisant lui permettant d'intenter, par ses propres moyens ou avec l'assistance d'un tiers, une action juridictionnelle. La seconde relève de ce que la Cour appelle la « concrétisation » de la décision : le patient doit recevoir des informations suffisamment précises concernant la mesure médicale projetée (caractère forcé, caractéristiques du traitement, justification du traitement et mode de contrôle des effets) pour qu'un contrôle juridictionnel soit possible. Plus spécialement dans le cas d'une décision d'administration forcée d'une substance médicamenteuse, la Cour exige que la durée du traitement soit précisée et que les décisions de prescription et de surveillance du traitement relèvent de la responsabilité d'un médecin. La concrétisation de la décision est indispensable pour rendre effectif le droit du détenu à une protection juridictionnelle ; elle est aussi nécessaire pour assurer la continuité et la proportionnalité du traitement dans le temps et par conséquent pour assurer au mieux la réalisation du but de resocialisation poursuivi par l'internement en institution spécialisée.

D'autres exigences procédurales concernent directement l'institution psychiatrique spécialisée. Pour la CCF, il est nécessaire que l'appréciation et le contrôle des mesures contraignantes soient réalisés de manière indépendante par rapport à l'institution. En effet, les patients détenus se trouvent dans une situation de dépendance très particulière par rapport à l'institution dans laquelle ils séjournent. Un risque réel existe par conséquent que leurs intérêts soient interprétés au regard des intérêts d'ordre et de sécurité propres à l'institution. La CCF n'impose ici aucune solution particulière au législateur. Elle exige uniquement que celui-ci définisse un système approprié impliquant par exemple l'intervention d'un tuteur, d'une personne tierce, d'un ombudsman, etc., assurant la protection des droits des patients avant la mise en œuvre d'une mesure médicale sans consentement.

Les mesures médicales sans consentement constituent des atteintes graves aux droits fondamentaux des personnes concernées. Elles peuvent être décidées à l'encontre de personnes placées dans une institution psychiatrique spécialisée suite à une procédure pénale, dans le respect des conditions matérielles, informationnelles et procédurales énoncées pour la première fois par la Cour. En l'espèce, l'application des conditions définies par la Cour conduit à l'annulation du § 6 al. 1 de la loi du Land de Rhénanie Palatinat et des décisions judiciaires rendues par les juridictions saisies de cette affaire. Le § 6 al. 1 ne contient pas notamment l'exigence matérielle de l'absence de discernement.

Confirmant sa position, la Cour constitutionnelle a adopté quelques mois plus tard, dans une affaire identique, une décision d'annulation des dispositions de la loi du Bade-Württemberg du 2 décembre 1991 relatives au placement forcé en établissement psychiatrique¹⁸.

Stéphanie Dagron

2) La réponse pénale à l'égard des délinquants récidivistes et les nouveaux termes du dialogue entre l'Allemagne et la Cour européenne des droits de l'Homme

Au moment même où se jouait l'avenir de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) aux Conférences d'Interlaken et d'Izmir¹⁹, la Cour constitutionnelle allemande précisait la place prééminente de la CEDH en Allemagne une décision très importante rendue le 4 mai 2011²⁰ relative aux conditions de mise en œuvre de mesures de sûreté.

Les mesures de sûreté sont des mesures très diverses. Elles visent généralement à protéger la collectivité contre des individus jugés dangereux, à prévenir la survenance probable d'infractions et à assurer la «réadaptation» des délinquants. Elles prennent la forme en France des mesures de rétention de sûreté et de surveillance de sûreté créées par la loi

¹⁸ CCF, 2ème Chambre, décision du 12.10.2011, 2 BvR 633/11.

¹⁹ Voir les déclarations d'Interlaken du 19.02.2010 et d'Izmir 26-27.04.2011.

²⁰ CCF, 2ème Chambre, décision du 4.05.2011, 2 BvR 2365/09, 2BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10.

du 25 février 2008. L'Allemagne connaît le mécanisme de l'internement de sûreté²¹ depuis son introduction en 1933 par le législateur. La loi du 24 novembre 1933 prévoyait que devait être obligatoirement placés en détention de sûreté au nom de la protection de la collectivité, les criminels condamnés à différentes reprises et considérés par les juges comme de « dangereux récidivistes ». Le champ d'application de cette mesure a été progressivement élargi pour s'appliquer aux délinquants mineurs à partir de 1939 et 1943, puis supprimée à l'occasion de l'adoption de la loi sur le jugement des mineurs du 4 août 1953 (*Jugendgerichtsgesetz* (JGG)) ; cette loi autorisant tout de même une exception dans le cas des jeunes majeurs âgés de 18 à 21 ans (§ 106 al. 3 JGG). Les règles de la détention de sûreté sont restées pratiquement inchangées après 1945, puis elles ont été modifiées à diverses reprises à partir de 1969. Les lois du 25 juin et du 4 juillet 1969 ont ainsi défini un cadre plus strict pour le prononcé d'un internement de sûreté, exigeant notamment la démonstration de la dangerosité du délinquant, l'existence de condamnations antérieures ou bien encore l'intervention du juge dans un délai plus court pour contrôler la mise en application de la mesure. L'exception retenue concernant les jeunes majeurs délinquants de 18 ans et plus a été supprimée. Le législateur avait en outre limité à 10 ans l'internement de sûreté. La loi de 1998 relative à la lutte contre les délits sexuels et actes criminels dangereux a au contraire renforcé les mesures de sûreté. Désormais, il n'existe plus de limitation dans le temps, la période maximum de 10 années d'internement ayant été supprimée. Enfin, d'autres modifications ont été adoptées depuis 1998, engendrant une augmentation du nombre de personnes concernées par l'internement de sûreté.

La procédure relative à l'internement de sûreté est précisée aux articles 66 et suivants du code pénal allemand (*Strafgesetzbuch*, StGB). Une telle mesure doit ou peut être prononcée dans quatre hypothèses.

Dans la première hypothèse, la juridiction de jugement prononce la mise en détention de sûreté en plus de la peine d'emprisonnement (§ 66 al. 1 StGB) lorsqu'une personne est condamnée pour une infraction intentionnelle (dirigée contre la vie et l'intégrité physique et sexuelle des personnes ou contre des biens) à une peine privative de liberté de deux ans au moins et lorsque les conditions suivantes sont également remplies : le délinquant a déjà été condamné et détenu à deux reprises pour des infractions du même type pendant au moins une année (§ 66 al. 1-2 StGB), ou il a été détenu à titre de mesure d'amendement et de prévention pendant deux ans au moins (§ 66 al. 1-3 StGB) ; il est établi au regard d'un examen complet du délinquant et de ses actes que ce dernier présente un danger pour la collectivité en raison de sa propension (*Hang*) à commettre des infractions graves comme celles entraînant d'importants dommages psychiques et corporels chez les victimes (§ 66 al. 1-4 StGB).

Dans la seconde hypothèse, l'internement de sûreté peut être prononcé lorsque le délinquant présente certaines conditions de dangerosité (§ 66 al. 1-4 StGB) et est l'auteur de plusieurs infractions intentionnelles prévues par la loi pour l'une desquelles il est condamné à une peine privative de liberté d'au moins trois ans (§ 66 al. 2 StGB).

Dans le troisième cas introduit par le législateur en 2002, l'internement de sûreté peut être prononcé à la fin de l'exécution de la peine lorsque la juridiction de jugement avait prévu cette possibilité (§ 66 a StGB). Les juges adoptent ainsi une réserve lorsque certaines conditions en rapport avec la nature de l'infraction et la lourdeur de la peine sont remplies et notamment lorsqu'ils ne peuvent déterminer avec certitude le niveau de dangerosité du délinquant concerné au sens de la disposition précédente (§ 66a al. 1-3 StGB).

Dans la dernière hypothèse définie en 2004, l'internement de sûreté *a posteriori* peut être prononcé avant la fin de l'internement dans un hôpital psychiatrique spécialisé, sans qu'une réserve en ce sens n'ait été formulée au moment du jugement. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le délinquant a été condamné pour certains crimes particuliers (atteinte à la vie, à l'intégrité corporelle, liberté individuelle, crime sexuel ou vol avec violence) et présente

²¹ Le code pénal allemand prévoit aussi d'autres mesures de prévention et de réhabilitation : l'internement en hôpital psychiatrique (§ 63 StGB) ou le placement en centre de désintoxication (§ 64 StGB).

une extrême dangerosité (§ 66 b al. 2 StGB pour les adultes et § 7 al. 2 JGG pour les mineurs).

La durée du placement en détention de sûreté est réglée par l'art. 67d al. 3 StGB tel que modifié en 1998. La détention de sûreté est illimitée et cette modification s'applique « sans restriction aucune » (art. 1a de la loi introductive au code pénal, EGStGB), c'est-à-dire qu'elle s'applique aussi aux cas dans lesquels les infractions à l'origine de la condamnation ont été commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi de 1998. Conformément à l'art. 67 d al. 3 StGB, le juge d'application des peines peut par conséquent décider, après consultation d'un expert, du maintien en détention de sûreté du délinquant considéré comme dangereux. Un contrôle de la dangerosité de la personne internée et de la nécessité de prolongation de l'internement devra ensuite être réalisé tous les deux ans au minimum (§ 67e al. 2 StGB). Les jeunes majeurs délinquants, qui conformément au § 106 JGG sont jugés en application du droit pénal général, peuvent ainsi être placés en internement de sûreté. Cette possibilité a été ouverte par la loi du 27 déc. 2003 et ne peut toucher que les délinquants condamnés pour des actes commis après le 1^{er} avril 2004 (art. 1 a EGStGB).

L'Allemagne a été condamnée par la CEDH à plusieurs reprises notamment en 2009²², en 2011²³ et 2012²⁴ pour violation de la Convention par les dispositions législatives organisant le régime de l'internement de sûreté. Dans sa décision du 4 mai 2011, la CCF s'interroge en premier lieu sur les conséquences de la jurisprudence de la CEDH pour l'interprétation des droits fondamentaux, reconnaissant à la CEDH une possibilité d'influence plus large que celle acceptée en 2004²⁵ (a), avant de modifier en deuxième lieu sa position relative à la constitutionnalité de l'internement de sûreté (b).

a) *La prise en compte du droit conventionnel dans la détermination de la portée et du contenu des droits garantis par la LF.* La Convention européenne des droits de l'Homme et ses Protocoles additionnels se situent dans la hiérarchie des normes en dessous de la Loi fondamentale et au même niveau que les lois ordinaires²⁶. Un requérant ne peut par conséquent alléguer de la violation de la Convention à l'appui de son recours constitutionnel. Dans sa jurisprudence antérieure, la Cour constitutionnelle a souvent rappelé l'obligation qui s'impose aux juridictions nationales en application des art. 23 et 24 LF d'interpréter le droit interne de manière conforme aux obligations internationales de la République fédérale. Ces deux articles énoncent respectivement l'ouverture de la norme fondamentale allemande à l'intégration européenne et à la coopération internationale. Ainsi, en 2004, dans sa décision Gorgülü, la Cour a précisé que la force obligatoire des arrêts de la CEDH s'impose vis-à-vis des Etats comme des autorités de la puissance publique dans leur ensemble. Les services administratifs internes comme les juridictions sont dans l'obligation de prendre en considération l'interprétation de la CEDH et les solutions adoptées. La Cour a déduit de l'art. 20 al. 3 LF dans lequel est inscrite l'obligation de respecter la loi et le droit, une obligation de prendre en compte les droits protégés par la Convention et l'interprétation qui en est donné par la CEDH. Un refus d'appliquer la jurisprudence européenne est possible, mais il doit reposer sur une argumentation précise mettant en évidence l'incompatibilité de la décision européenne avec les particularités de l'affaire considérée et l'affaiblissement de la protection des droits fondamentaux qui résulterait d'une telle application.

Désormais une telle exception semble cependant exclue. Pour la CCF, il est nécessaire de tenir compte de la jurisprudence de la CEDH de manière globale, les solutions du juge de Strasbourg devant être suivies, même dans les hypothèses dans lesquelles les

²² Voir l'arrêt de principe M c. Allemagne du 17.12.2009 (requête n° 19359/04).

²³ Voir les arrêts Haidn c. Allemagne du 13.01.2011 (requête n° 6587/04), et Schönbrod c. Allemagne du 24.11.2011 (requête n° 48038/06).

²⁴ Voir les arrêts de la CEDH rendus le 7.06.2012 dans les affaires K c. Allemagne (requête n° 61827/09) et G c. Allemagne (requête n° 65210/09) dans lesquels la Cour, tout en relevant la décision de la CCF du 4 mai 2011, conclut à la violation de l'art. 7 § 1.

²⁵ Voir notre commentaire dans cette revue XX (2004), p. 472.

²⁶ Résultat de la théorie dualiste retenue en Allemagne et exprimée dans l'art. 59 al. 2 LF.

faits à l'origine des arrêts de la CEDH ne sont pas identiques à ceux soumis à la CCF. Cette interprétation nouvelle s'explique notamment par la nécessité de cohérence entre les obligations internationales de la République fédérale et son droit interne. Ainsi, la prise en compte de la jurisprudence européenne doit pouvoir favoriser un rapport harmonieux entre la République fédérale et les organes du Conseil de l'Europe, et éviter d'éventuelles condamnations de l'Allemagne à l'avenir.

Il est intéressant de noter que la CCF évite ici de reconnaître à la Convention un rang constitutionnel ou même supra-législatif. Selon l'argumentation de la CCF, si l'art. 1 al. 2 de la LF²⁷ selon lequel souligne l'engagement principal de la LF en faveur du respect des droits de l'Homme et justifie la prise en compte de la jurisprudence européenne dans le cadre de son interprétation, cet article ne peut conférer à la Convention européenne un rang constitutionnel. Pour autant, une telle reconnaissance ne semble plus nécessaire pour assurer en Allemagne le respect de la jurisprudence de la CEDH. Les droits fondamentaux doivent être considérés comme une émanation des droits de l'Homme qui forment à la fois le fondement et la base de référence des droits garantis par la Loi fondamentale.

Les dispositions du code pénal allemand relatives à l'internement de sûreté doivent par conséquent être analysées à la lumière de la jurisprudence de la CEDH.

b) *La constitutionnalité du régime de détention de sûreté.* Cinq recours constitutionnels étaient dirigés contre les dispositions du code pénal organisant l'internement de sûreté. Les requérants arguaient de la violation de leurs droits garantis par l'art. 2 al. 2 deuxième phrase LF (« la liberté de la personne est inviolable ») en liaison avec l'art. 104 al. 1 (« la liberté de la personne ne peut être restreinte qu'en vertu d'une loi formelle [...] ») d'une part, et de l'art. 2 al. 2 deuxième phrase en liaison avec l'art 20 al. 3 LF (confiance légitime) d'autre part. Les recours étaient dirigés contre les dispositions de la loi autorisant une prolongation de la mesure de sûreté au-delà d'une période de 10 années (§ 67 d al.3 première phrase StGB), ou bien encore le prononcé d'une mesure de sûreté postérieurement à la condamnation initiale (§ 66 b al. 2 StGB et § 7 al. 2 JGG) ; ils étaient aussi dirigés contre la disposition autorisant le prononcé d'une mesure de sûreté dans le cas de personnes condamnées pour des actes commis avant l'entrée en vigueur de la loi de 1998 (§ 2 al. 6 StGB).

En 2004, la Cour avait conclu que la rétention de sûreté, telle que réglée par la code pénal, n'était pas contraire aux garanties de la LF et notamment à l'obligation de garantie de la dignité humaine (art. 1 al. 1 LF) qui interdit à l'Etat d'imposer aux individus des conditions de détention inhumaines et dégradantes²⁸. Elle avait justifié sa position par référence aux buts suivants de la rétention de sûreté : la protection de la société contre des individus extrêmement dangereux, la protection des détenus eux-mêmes et de leur santé mentale et physique ainsi que leur préparation au retour à la liberté. La décision du législateur de supprimer la durée maximale d'internement fixée jusqu'alors à 10 années allant dans le sens de ces objectifs, la Cour avait considéré que le régime contesté était conforme à l'art. 1 al. 1 LF, mais aussi à la garantie de la liberté individuelle (art. 2 al. 2 deuxième phrase LF), au principe de non rétroactivité de la loi pénale (art. 103 al. 2 LF) et à celui de la confiance légitime dans un Etat de droit (art. 2 al. 2 en liaison avec l'art. 20 al. 3 LF). Quelques années plus tard, la CEDH, saisie par ce même requérant, avait en revanche considéré que la mesure de sûreté telle que réglée par le code pénal allemand était contraire à la fois à l'art. 5 § 1 (droit à la liberté et à la sûreté) et à l'art. 7 § 1 de la Convention (non rétroactivité de la loi pénale plus sévère)²⁹.

Dans sa décision du 4 mai 2011, la CCF s'appuie sur l'arrêt de principe de la CEDH en la matière et développe une argumentation très précise pour conclure à la non-conformité des dispositions contestées à la Loi fondamentale.

²⁷ L'art. 1 al. 2 LF précise que: « [...] le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde »,

²⁸ Voir notre commentaire dans cette revue XX (2004), p. 481.

²⁹ Voir l'arrêt M c. Allemagne cité supra.

Elle définit en premier lieu les conditions dans lesquelles la détention de sûreté doit être aménagée. La mesure de sûreté constitue une atteinte grave à la liberté individuelle parce qu'elle est décidée non pas pour punir la commission d'un acte criminel (il s'agit alors d'une peine de détention proportionnée décidée en réaction à un acte criminel précis), mais pour prévenir la survenance éventuelle d'actes criminels dans le futur. L'internement de sûreté est indépendant de l'acte criminel originel mais dépendant du niveau de dangerosité d'un individu. Aussi, il est nécessaire que la loi aménageant le régime de sûreté prenne en compte les sept éléments suivants précisés par la Cour : 1. La détention de sûreté est une mesure exceptionnelle qui ne peut être décidée qu'en dernier ressort afin de protéger la société contre les individus les plus dangereux. Le caractère extrême de cette mesure engendre l'obligation pour les autorités étatiques de prendre les mesures adéquates dès la mise en détention des délinquants afin d'assurer la réduction de leur dangerosité et autoriser leur libération une fois leur peine accomplie. 2. Tous les efforts nécessaires doivent être réalisés afin que le but de la détention de sûreté soit atteint. Les raisons de l'extrême dangerosité d'un individu doivent être analysées et toutes les actions visant la réduction de cette dangerosité doivent être entreprises (formation professionnelle, traitement médical et psychiatrique, accompagnement social etc.). La CCF précise ainsi, en conformité avec la décision de la CEDH de 2009, que les détenus doivent bénéficier d'un accompagnement intensif, personnel et adapté à leur évolution. 3. Les conséquences graves, notamment psychiques, d'un internement de sûreté pour une durée illimitée sont plus particulièrement à prendre en compte dans le cadre de l'accompagnement. 4. La différence entre une peine privative de liberté et la détention de sûreté doit être reflétée dans les conditions matérielles de l'internement. Sans demander une séparation stricte des locaux destinés aux personnes en détention de sûreté de ceux destinés aux détenus de droit commun, la CCF exige des aménagements indispensables afin que le traitement particulier des personnes internées soit matériellement réalisable. 5. De même, sont exigés des aménagements dans la mise en œuvre de l'internement sous la forme d'autorisations de sortie, de vacances etc., devant permettre de préparer progressivement la libération des personnes concernées. 6. Ces dernières doivent aussi disposer du droit effectif de contester les conditions de leur rétention. 7. Enfin, le législateur doit prévoir au minimum l'intervention annuelle du juge sur la question de la prolongation de la mesure de sûreté. L'administration pénitentiaire doit en outre établir régulièrement un rapport sur la situation et l'état des personnes internées, un contrôle juridictionnel supplémentaire devant automatiquement survenir dans l'hypothèse de circonstances nouvelles.

Au regard de ces éléments, la Cour conclut à la violation de la LF par les dispositions contestées. Les raisons à l'appui de cette interprétation sont notamment les suivantes : le régime défini par le code pénal n'est pas assez précis et n'autorise pas une distinction entre détention de sûreté et peine d'emprisonnement ; les conditions d'emprisonnement comme celles de rétention ne sont absolument pas adaptées à l'objectif poursuivi et par le droit pénal répressif et par le régime de sûreté, la Cour relevant notamment l'insuffisance de l'encadrement thérapeutique.

Concernant plus précisément la règle introduite en 1998 selon laquelle il n'existe plus de durée maximale d'internement y compris pour les personnes condamnées pour des actes commis avant l'entrée en vigueur de la loi³⁰, ou concernant les règles autorisant le prononcé a posteriori d'un internement de sûreté³¹, la Cour précise en outre que ces dispositions sont contraires au principe de confiance légitime dans un Etat de droit. En effet, selon la Cour, le prononcé rétroactif d'un internement ou le prolongement de l'internement de sûreté, alors même que les personnes concernées – à l'instar des quatre requérants – étaient convaincues que cette mesure devait cesser au bout de 10 années, sont des décisions qui restreignent lourdement l'exercice de la liberté individuelle. Or une telle restriction ne peut être acceptable au regard de la Loi fondamentale que lorsque les trois conditions suivantes sont remplies : 1. L'internement de sûreté se distingue clairement, en accord avec les éléments énoncés plus haut, de l'emprisonnement. 2. L'extrême dangerosité de la personne

³⁰ § 67 d al. 3 première phrase StGB, en liaison avec § 2 al. 6 StGB.

³¹ § 66 b al. 2 StGB et 7 al. 2 JGG.

concernée peut être clairement établie au regard de circonstances concrètes propres à la situation de cette personne ou au regard de son comportement. En d'autres termes, l'évaluation de la personne internée doit permettre de conclure que si cette personne était libérée, elle commettrait très certainement des infractions graves de nature à causer des dommages psychologiques et physiques très importants aux victimes. 3. Les conditions de l'art. 5 al. 1 lettre e de la Convention européenne des droits de l'homme sont remplies. Cet article précise les cas dans lesquels la privation de liberté peut être conforme à la Convention et retient notamment le cas des « aliénés ».

Lorsque ces conditions sont respectées, alors le but de la protection de la société est prédominant et peut justifier une restriction au principe de confiance légitime. En l'espèce, ces conditions n'étaient pas remplies, la Cour insistant notamment sur l'absence de différences substantielles entre les conditions de la détention de sûreté et celles de l'emprisonnement. Il revient alors au législateur la responsabilité de définir les conditions nouvelles du régime de sûreté en accord avec les exigences constitutionnelles ainsi précisées.

Stéphanie Dagron

C.- Le système de protection des droits fondamentaux

1) Les personnes morales étrangères et la protection de leurs droits fondamentaux au titre de la Loi fondamentale

La décision de la Cour adoptée le 19 juillet 2011³² souligne la complexité grandissante de la question de la protection des droits fondamentaux dans un système juridique à multiples niveaux. La Cour était en effet saisie d'un recours constitutionnel engagé par une personne morale étrangère et devait se prononcer sur le respect ou la violation des droits fondamentaux de cette personne par un arrêt de la Cour fédérale de justice dans lequel le juge avait interprété une loi de transposition d'une directive européenne.

Dans cette affaire, la société requérante était une société italienne productrice de meubles « Le Corbusier ». Elle était seule détentrice du droit de reproduction et de mise en circulation de ces meubles particuliers produits à partir des modèles et dessins du célèbre architecte. Elle disposait en outre de la possibilité d'agir en justice pour faire cesser une atteinte au droit d'auteur et réclamer des dommages et intérêts en cas de violation. Suite à l'exposition en Allemagne par une société productrice de cigares, dans le cadre d'une action publicitaire, de meubles réalisés conformément aux modèles de Le Corbusier par une société ne détenant aucun droit de reproduction et de distribution, la société requérante avait demandé aux juridictions allemandes de faire cesser ce qu'elle considérait comme une atteinte au droit d'auteur. La Cour fédérale de justice avait cependant rejeté cette action en cessation, au motif qu'il n'y avait ni violation du droit d'exploitation défini par les §§ 15 al. 1 (2) et 17 al. 1 de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins (*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, UrhG), ni violation de l'interdiction de mise en circulation d'œuvres produites illicitement au sens du § 96 al. 1 UrhG. L'une des questions principales posées à la CCF dans cette affaire était celle de la recevabilité du recours constitutionnel (a). Au-delà, la Cour devait se prononcer sur d'autres questions concernant le respect des articles 14 al. 1 LF (droit de propriété) et 101 al. 1 LF (droit à un juge légal) (b).

a) *Recevabilité du recours constitutionnel engagé par une personne morale étrangère.* Conformément à la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, ne peuvent introduire un recours constitutionnel devant la CCF que les personnes pouvant prétendre être lésées par les pouvoirs publics dans un de leurs droits fondamentaux ou dans un des droits énumérés à l'art. 90 al. 1. Or, conformément à l'article 19 al. 3 LF, seule les personnes morales *nationales* sont titulaires « des droits fondamentaux [...] lorsque leur nature le

³² CCF, 1ère Chambre, décision du 19.07.2011, 1 BvR 1916/09.

permet ». La Cour avait déjà répondu dans sa jurisprudence antérieure à la question de la reconnaissance des droits fondamentaux aux personnes morales étrangères de manière négative. Il découlait ainsi de sa jurisprudence que seuls les droits de procédure (et par conséquent le droit au juge légal) étaient reconnus aux personnes indépendamment de leur nationalité ou du lieu de leur siège social dans le cas d'une entreprise. Différentes affaires avaient cependant soulevé la question du respect des droits fondamentaux des personnes morales ayant leur siège dans un des pays membre de l'Union européenne (UE), la CCF n'ayant jusqu'alors donné aucune réponse à ce sujet. Désormais, la CCF considère comme possible qu'une personne morale étrangère ayant son siège dans l'UE soit détentrice de droits fondamentaux au même titre que les personnes morales nationales. La seule condition est celle du lien suffisamment étroit avec l'Allemagne dans l'exercice de ces droits. Ce lien, exigé pour toutes les personnes morales quel que soit le lieu du siège, existe en l'espèce. Un tel élargissement de l'application des garanties de la Loi fondamentale est commandé selon la Cour par l'application du principe de liberté de circulation (art. 26 al. 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, TFUE) et du principe de non-discrimination sur la base de la nationalité applicable au sein de l'Union européenne (art. 18 TFUE). Le principe de non-discrimination en tant que principe fondamental de l'UE s'oppose à ce que les personnes morales soient traitées différemment et par conséquent, il s'oppose à une interprétation stricte de l'art. 19 al. 3 LF. Les Etats, leurs organes et administrations doivent s'efforcer de traiter de la même manière les personnes juridiques ou morales, peu important leur pays d'origine au sein de l'Union européenne, et cette obligation s'étend aussi à la protection des droits fondamentaux.

b) *Le respect du droit de propriété et du droit à un juge légal.* La requérante reprochait à la Cour fédérale de justice de ne pas avoir assuré la protection de son droit de propriété en interprétant la loi allemande sur le droit d'auteur. Conformément à la jurisprudence constante de la CCF, les juridictions civiles sont tenues d'interpréter la loi au regard des droits fondamentaux. Une violation de la Loi fondamentale survient en cas de mauvaise interprétation de celle-ci par les juridictions ou bien lorsqu'elles n'ont pas pris en compte la protection des droits fondamentaux dans leur argumentation. Une telle hypothèse peut survenir lorsqu'il s'agit de dispositions législatives découlant directement du droit européen. Dans ce cas cependant, les juridictions allemandes ne sont pas tenues de contrôler la constitutionnalité des lois au regard des droits fondamentaux. Conformément à la jurisprudence antérieure de la CCF, un contrôle de la constitutionnalité du droit européen – et par conséquent de la constitutionnalité des dispositions nationales destinées à transposer strictement le droit européen en droit interne – n'est pas nécessaire aussi longtemps que les droits fondamentaux bénéficient au sein de l'Union européenne (et notamment en raison de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)) d'une protection équivalente à celle offerte par la Loi fondamentale. Les juridictions nationales sont par conséquent tenues de s'assurer de la conformité des dispositions concernées avec les droits fondamentaux européens et, si nécessaire, de demander à la CJUE de se prononcer à titre préjudiciel sur l'interprétation des normes de droit européen en question.

En revanche, dans l'hypothèse dans laquelle le droit européen laisse aux Etats membres une certaine marge de manœuvre, la CCF considère que les juridictions spécialisées doivent contrôler le respect des droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale par les dispositions concernées³³. En l'espèce, la Cour fédérale de justice avait interprété la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins qui transpose en droit allemand la directive européenne 92/100/CE relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle. Considérant la directive européenne telle qu'interprétée par la CJUE comme excluant une marge de manœuvre pour les Etats membres, la Cour fédérale a interprété en l'espèce la loi allemande dans le sens de la directive. Pour la CCF, une telle interprétation est conforme à la LF et n'entraîne pas de violation du droit de propriété de la requérante.

³³ Voir la confirmation de cette solution jurisprudentielle dans la décision du 4.10.2011 commentée ci-dessus.

La Cour constate en outre qu'il n'y a pas de violation de la garantie du juge légal. Les juridictions nationales sont dans l'obligation conformément à l'art. 267 al. 3 TFUE de saisir la CJUE d'une question préjudicielle lorsque leur décision n'est plus susceptible de recours interne et qu'une question d'interprétation du droit primaire ou secondaire européen est posée. La CJUE considère qu'une telle obligation n'existe pas lorsque la question concernée n'est pas déterminante dans l'affaire concernée ou bien lorsque cette question a déjà été traitée par la Cour ou bien encore lorsque la réponse est évidente. Elle considère en outre que les juridictions nationales sont les seules compétentes pour décider de l'importance de la question dans une affaire pendante. La CCF en conclut qu'une violation de l'art. 101 al. 1 LF ne peut survenir que dans les cas suivants : (1) la juridiction nationale a ignoré délibérément l'importance de la question soulevée ou bien (2) elle s'est écartée de l'interprétation donnée par la CJUE, ou bien encore (3) en l'absence d'une jurisprudence antérieure relative à la question soulevée, la juridiction nationale s'est attribuée une compétence d'interprétation trop large. En l'espèce, la CCF considère que la Cour fédérale de justice ayant déjà fait parvenir une question préjudicielle à la CJUE dans une autre affaire qui soulevait des questions d'interprétation identiques, il n'était pas nécessaire qu'elle se réfère à nouveau à la CJUE en l'espèce. La Cour conclut par conséquent à la non violation de la garantie du juge légal.

Stéphanie Dagron

2) L'application des droits fondamentaux entre personnes de droit privé : à propos de la décision de la CCF du 22 février 2011

La décision de la CCF, rendue le 22 février 2011³⁴, concernant la question de l'exercice des libertés d'expression et de manifestation dans l'aéroport de Francfort-sur-le-Main, était très attendue par la doctrine allemande pour deux raisons principales. La première était liée à l'absence de réponse concernant la question du respect des droits fondamentaux dans les relations entre une personne privée d'une part, et une autre personne privée exerçant des activités de nature publique, d'autre part. Conformément à l'art. 1 al. 3 LF, les droits fondamentaux lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable. Seul un effet médiate limité – il s'agit de la dimension objective des droits fondamentaux, un individu ne pouvant invoquer la violation d'un droit fondamental par une autre personne privée – a été reconnu par la CCF dans le cadre de rapports de droit privé³⁵. Pour autant, l'implication toujours plus importante de personnes régies par le droit privé dans la gestion et la conduite d'activités considérées comme relevant de la compétence étatique, conduisait à s'interroger sur le champ d'application et l'ampleur de la protection accordés aux droits fondamentaux.

La deuxième raison était liée à l'interrogation dans cette affaire sur la nature réelle des locaux de l'aéroport de Francfort. Classiquement, les aéroports ont pour fonction principale de permettre le transport en toute sécurité des passagers. En se plaignant de la violation de ses droits d'expression et de manifestation par la Société Fraport AG chargée de la gestion de l'aéroport de Francfort, la requérante soulevait la question de savoir si l'aéroport pouvait être considéré comme un lieu public dans lequel peuvent s'exprimer, se réunir ou manifester les individus.

Le recours constitutionnel était dirigé contre les décisions des juridictions civiles rejetant la demande de la requérante de faire annuler la décision par laquelle la société Fraport AG lui avait interdit l'accès à l'aéroport et l'avait menacée de poursuites pénales si elle essayait de poursuivre ses activités militantes au sein de l'aéroport. La requérante, membre d'un groupe de personnes rassemblées dans un mouvement contre le refoulement des étrangers, avait distribué avec d'autres membres de ce groupe des tracts à l'intérieur de l'aéroport. Pour la requérante, une telle interdiction est contraire à sa liberté d'expression et à son droit de réunion et de manifestation garantis par la Loi fondamentale. La première

³⁴ CCf, 1ère Chambre, décision du 22.02.2011, 1 BvR 699/06.

³⁵ Voir la décision de principe Lüth (1958).

chambre de la CCF, avant de se prononcer sur cette question (a), a réglé le problème de la recevabilité du recours lié ici plus spécialement à l'interprétation de l'art. 1 al. 3 LF (b).

a) *L'effet direct des droits fondamentaux pour les entreprises régies par le droit privé et exerçant des compétences de nature publique.* La Cour précise ainsi que sont non seulement concernées par l'effet direct des droits fondamentaux les autorités publiques dans leur ensemble et les entreprises publiques, mais encore, dans certaines conditions, les entreprises de droit privé à économie mixte dont les actionnaires majoritaires sont des autorités publiques. En l'espèce, la société Fraport AG est une société anonyme de droit allemand dont les actions se trouvent à plus de 50% entre les mains des autorités publiques du Land de la Hesse et de la ville de Francfort. Ses décisions touchant les individus doivent par conséquent être respectueuses des droits fondamentaux.

b) *L'aéroport de Francfort en tant que lieu public dans lequel peuvent s'exercer les droits d'opinion et de manifestation.* La liberté de réunion est garantie par l'art. 8 al. 1 LF qui prévoit que « tous les Allemands ont le droit de se réunir paisiblement et sans armes, sans déclaration ni autorisation préalable ». Ce droit signifie selon la CCF que les individus peuvent décider librement du moment, du lieu et des modalités de la réunion. Pour autant, tous les lieux ne sont pas ouverts aux réunions ou manifestations. Les lieux relevant du domaine public et ouverts à ce type d'activité, à l'instar des lieux destinés au transport des individus, sont ici principalement concernés. Ainsi, les rues et les places publiques sont considérées comme des endroits privilégiés autorisant l'échange des informations et des opinions et favorisant les contacts humains. Au-delà, il peut aussi s'agir de lieux où, de la même façon que sur une place publique, se poursuit l'échange entre les individus. D'autres lieux de communication et d'échange sont ainsi apparus, sous la forme par exemple de centres commerciaux ou de lieux de divertissement, qui doivent être pris en considération. Peu importe ici que ces endroits soient ou non à ciel ouvert³⁶.

Concernant l'aéroport de Francfort, la Cour établit une distinction entre les endroits dans l'aéroport dont l'accès est limité et contrôlé et les endroits largement ouverts au public, destinés à la consommation, à la restauration et à la détente. Alors que dans le premier cas, ces lieux n'ont pas pour fonction d'offrir un espace à l'échange entre les individus, dans le second, les lieux concernés doivent être considérés comme adaptés à l'expression des opinions publiques et sociales. Il s'agit, selon la Cour, de lieux dans lesquels doit pouvoir être exercé le droit de réunion et de manifestation. Ce droit peut être encadré et la société Fraport a très bien pu définir dans son règlement intérieur les conditions d'utilisation des locaux. Cependant, ces dispositions doivent être conformes à la loi qui définit le cadre légal applicable au droit de réunion (il s'agit notamment du § 903 1^{ère} phrase du Code civil allemand), la loi devant elle-même respecter le principe de proportionnalité. Les restrictions au droit de réunion et de manifestation doivent être justifiées par l'existence d'un but légitime lié au bien-être de la communauté (comme notamment le but de sécurité) et doivent être appropriées. La décision contestée qui prévoit une interdiction de nature illimitée dans le temps, sans qu'aucun but ne soit indiqué, ne remplit pas ces conditions.

Concernant la liberté d'expression garantie par l'art. 5 al. 1 LF, la Cour rappelle que cette liberté touche le contenu, la forme, mais aussi l'endroit et le moment de la formulation d'une opinion. Le champ d'application géographique de la liberté d'expression est plus large que celui de la liberté de réunion. Cette liberté n'est pas pour autant inconditionnelle et ses limites doivent – comme pour la liberté de réunion – respecter le principe de proportionnalité. Une restriction doit avoir un but légitime et être appropriée. En l'espèce, la cour considère que ce but ne peut être ni celui de créer une "atmosphère de bien-être" dans un endroit destiné à la consommation en interdisant l'expression de positions politiques et sociales éventuellement "dérangeantes", ni celui d'empêcher l'expression d'opinions avec lesquelles la société gestionnaire ne serait pas d'accord. Le seul but légitime ici serait celui d'assurer la sécurité et le fonctionnement du transport aérien. Néanmoins, si un tel but peut justifier des

³⁶ Art. 8 al. 2 LF ne fait en effet référence qu'au droit de réunion en plein air qui « peut être restreint par une loi ou en vertu d'une loi ».

restrictions ponctuelles et précises, il ne peut justifier ni une interdiction générale ni une obligation de soumettre la liberté d'expression à la demande d'une autorisation par la société gestionnaire.

La Cour conclut par sept juges contre un (avec la formulation d'une opinion dissidente qui ne porte pas sur la conclusion mais sur l'argumentation de la majorité de la Chambre) à la violation des art. 5 al. 1 et 8 al. 1 LF par les décisions judiciaires contestées.

Stéphanie Dagron